

ROBERTO PARDOLESI

## ETERE MISTO E PLURALISMO (ANNUNCIATO)

1. Un tempo terreno privilegiato di orgogliose rivendicazioni di protagonismo istituzionale, la materia radiotelevisiva rischia di diventare, per la Corte Costituzionale, un autentico esercizio in frustrazione. Su un punto almeno, l'odierna pronunzia non lascia dubbi: il *disengagement* rispetto alla linea di pensiero perseguita negli anni '70 è completo, si tratta soltanto di vedere — e la divaricazione interpretativa risulta, tutto sommato, modesta — se la corte abbia semplicemente preso atto, come suggeriva un acuto studioso al recente maxiconvegno civilistico di Venezia (non era ancora tempo di alghe in putrefazione!) del post-moderno nel diritto, registrando l'inversione logica in forza della quale l'effetto, da condizionato, si fa condizionante, o se il vero messaggio vada colto non già e non tanto nella riserva di controllo sulle scelte del legislatore, quanto nel deciso sbarramento eretto contro quelle che si stavano compiendo (*id est*, opzione zero e dintorni).

Ma procediamo con ordine, non senza assumere, *in limine*, un impegno solenne: quello di evitare, nelle brevi note che seguono, di ripercorrere per l'ennesima volta la pur affascinante storia del contenzioso televisivo innanzi ai giudici della Consulta. Per chi non voglia rinunciare al sottile piacere di una siffatta ricostruzione, rinviando, in prima approssimazione, alle note giustapposte a Corte Cost. 21 luglio 1981, n. 148, *Foro it.*, 1981, I, 2094, con l'*updating* di Corte Cost. 30 luglio 1984, n. 237, *id.*, 1984, I, 2049, e a Trib. Torino, ord. 8 febbraio 1986, più quattro, *id.*, 1986, II, 228, nonché alla recente, approfondita analisi di A. PACE, *La radiotelevisione in Italia, con particolare riguardo all'emittenza privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 615. Per parte nostra, ci contenteremo di spigolare appena negli snodi fondamentali intorno ai quali è venuta dipanandosi l'aggrovigliata vicenda.

\* Con il cortese consenso della direzione de *Il Foro italiano* ripubblichiamo il commento del Prof. R. Pardolesi alla sentenza n.

826/1988 della Corte Costituzionale, apparso *ivi*, 1988, I, 2477; il testo della sentenza è riportato su questa *Rivista*, 1988, 765.

2. Il primo, nemmeno a dirlo, è rappresentato dalla celeberrima sentenza resa in data 28 luglio 1976, n. 202, in *Foro it.*, 1976, I, 2066. Con quella pronunzia, la Corte varò un fantasmagorico progetto di liberalizzazione dell'etere in ambito locale, dettando le *guide-lines* cui il legislatore si sarebbe dovuto attenere per elaborare, in dettaglio, le regole del giuoco. Poco importa verificare se i dati tecnici su cui fu predicata la svolta sin troppo corta, avevano nel frattempo ricevuto l'avvallo di Cass. 3 febbraio 1987, Inzaranto, *Foro it.*, 1987, II, 345).

3. L'odierna pronunzia risponde a tre ordinanze, tra loro divaricate nel tempo e, soprattutto, nella curvatura. La prima, del Pretore di Roma (*id.*, 1982, I, 1727), risale ad un momento in cui il destino dei *networks* rampanti appariva, nonostante la cruda forza dei fatti, legato ad un filo; quello stesso filo che, due anni più tardi, sembrò dovesse spezzarsi per l'iniziativa « oscurantista » della magistratura, al punto da sollecitare l'intervento di un legislatore fin lì incapace di prendere alcuna risoluzione. E proprio sul prodotto di questo colpo di coda, il c.d. decreto Berlusconi-*bis*, si appuntavano le riserve di legittimità costituzionale sollevate dal Pretore di Torino (*id.*, 1986, II, 231) e dal Tribunale di Genova (*ibid.*, 303): riserve, com'è ovvio, di tenore del tutto opposto, visto che, *medio tempore* e fra un mare di problematiche, la situazione giuridica si era capovolta.

La risposta della Corte, negativa su entrambi i fronti, aspira a presentarsi come unitaria e s'ingegna, per sovramercato, di allinearsi ai precedenti. Ma l'impresa è difficilissima e gli esiti risultano, a tutto concedere, opachi.

In rapida rassegna. Chiave di volta dell'intero discorso è la « costante e primaria preoccupazione di assicurare... l'effettiva garanzia del valore fondamentale del pluralismo ». Questo *Leitmotiv* su cui avremo modo di tornare più in là, dovrebbe non solo render coesi i due versanti della sentenza, ma anche saldarla, senza traumi, con la linea dei precedenti. Questo secondo obiettivo, peraltro, si può dire venga perseguito soltanto in termini formali. Infatti, l'omogeneità non viene ricercata sul piano sostantivo, ma su quello dei fini; ciò che consente, alla Corte, di prendere disinvolute distanze rispetto alle proprie affermazioni di ieri. In chiaro. L'enfasi sulla limitatezza fisica dello spettro hertziano, e poi sulla *economic scarcity*, non valeva per se stessa, ma per la sua funzionalità contingente alla difesa del pluralismo *on the air*. Da questo punto di vista, la *demise* del progetto di un tempo — emittenza nazionale riservata allo Stato, stazioni locali in libera concorrenza tra loro — non potrebbe esser più netta. E questo senso di abbandono non viene certo attutito da quel passo, in seno agli argomenti utilizzati per rintuzzare le censure del pretore di Roma, in cui si rammenta che « lo sviluppo di un sistema informativo in grado di dar viva voce alle specifiche realtà locali rientra nell'imprescindibile compito di dare espressione a quelle istituzioni che

rappresentano il tessuto connettivo del paese », con tanto di « ineluttabile conseguenza » in chiave di garanzia di adeguata disponibilità di frequenze e risorse pubblicitarie. Belle parole, magari, ma per chi aspettava che le emittenti locali fossero le uniche, di là dalla concessionaria di Stato, ad aver titolo ad un posto al sole, la delusione non può che esser cocente. Se mai, tende ad acutizzarla la franchezza con cui i giudici della Consulta, forti del senno di poi, sottolineano quanto poco affidante fosse la competizione tra circuiti privati (allora, e per breve tempo ancora, tra loro indipendenti) cui si richiama il Pretore di Roma per contestare la riserva statale delle trasmissioni su scala nazionale: « invero », si legge nella sentenza in epigrafe, « l'evoluzione della situazione di fatto ha dimostrato ampiamente che il rischio della formazione di un oligopolio paventato dalla Corte si è trasformato in realtà ». Ovvio, dunque, che la normativa statuyente la riserva appaia incensurabile. ma come metterla, allora, col Berlusconi-*bis* e la legittimazione a trasmettere, per il passato e l'avvenire, che ne è derivata?

Mettere insieme i cocci equivaleva, riconosciamolo pure, ad un sesto grado superiore. Anche i profani sanno che il miglior modo di superarlo è sempre quello di schivarlo, come appunto fa la Corte, rinunciando a qualsiasi tentativo di armonizzare questa seconda parte della decisione con i più radicali toni della prima. Così mentre alla bandiera del pluralismo si chiede di coprire ogni contraddizione, la *demise* dell'utopico progetto del decennio scorso viene sancita da una frase rivelatrice con cui la Corte — udite, udite — reinventa il già citato passo della sent. 148/81 (che ai più era parso un modo di rimettere la patata bollente al legislatore) come condizione a suo tempo fissata « per l'introduzione di un sistema misto di emittenza pubblica e privata in sede nazionale ». Non importa, dunque, che quel presupposto non si sia verificato e che, anzi, la legge impugnata avalli, da tre anni e passa, una situazione un attimo prima demonizzata all'insegna del più bieco oligopolio: la Corte riconosce, benignamente, che si tratta di un intervento normativo parziale, dichiaratamente provvisorio, animato dalla buona intenzione di propiziare la legge a venire di riassetto generale del sistema radiotelevisivo (di là dai durissimi colpi inflitti al principio di non-contraddizione, qualcuno rammenterà che in altre circostanze il carattere dichiaratamente provvisorio di un intervento legislativo non ha punto temperato gli strali della Corte: v., infatti, la sorte riservata alla legge n. 385/80 da Corte Cost. 19 luglio 1983, n. 233, *id.*, 1983, I. 2057). Se tale legge conterrà una soddisfacente disciplina *antitrust*, e se la sua emanazione non sarà rimandata alle calende greche, non vi sarà posto per dubbi di costituzionalità.

4. Ecco, dunque, la parola magica: *antitrust*. Prima, però, di sondarne le implicazioni più o meno arcane, e proprio in vista dell'opportunità di valutarle al meglio, è necessario avere il quadro preciso del caos nell'etere. Ad onor del vero, bisogna riconoscere che,

sotto questo profilo, la Corte non ha lasciato nulla d'intentato. La pubblicizzatissima ordinanza istruttoria, con cui è stato intimato alla Presidenza del Consiglio e al Ministero delle Poste di produrre i dati rilevanti, ha consentito — anche se in tempi assai più lunghi del previsto — di riordinare i frammenti del *puzzle*. Le cifre sono vertiginose. 4.204 emittenti radiofoniche, con 9.471 impianti di diffusione (ma solo una stazione si spinge a coprire 19 regioni). Sul versante televisivo — quello che realmente scotta — 1.397 *broadcasters*, con 9.704 impianti di diffusione e 5.422 impianti di traslazione in ponte radio; la parte del leone spetta, va da sé, alla concessionaria di Stato, con i suoi 3.094 impianti, e alle tre reti del gruppo Fininvest, che ne contano 4.015 (o giù di lì, posto che la RAI gliene attribuisce 3.800). Non occorre particolare competenza per intuire che l'indice di affollamento è assai elevato; di quanto, però, è impossibile a dirsi, per la mancanza di qualsivoglia riscontro parametrico. La nota che contrappunta sistematicamente la produzione delle cifre su ricordate è la denuncia dell'occupazione abusiva di bande riservate ad altri servizi; e l'unica valutazione prospettica è quella divisata dall'Anti, a cui dire il numero massimo di impianti correttamente utilizzabili non potrebbe accedere quota 9.000, 10.000 in caso di ricorso a dispendiose tecniche di *off-set*, con la conseguenza che accanto alle tre reti di Stato ed ai tre *networks* già operanti vi sarebbe, al più, spazio per un solo altro circuito privato (a prezzo di escludere l'emittenza locale ed i ripetitori esteri). In tanta incertezza, la Corte è costretta a far di necessità virtù e ad accontentarsi di constatare « l'esistenza di una netta distinzione tra le reti nazionali private e gli altri circuiti, in realtà definibili solo come ultralocali (o ultraregionali) ». Quanto basta, comunque, per suffragare il convincimento che la legge 10/85 sia « intervenuta in una situazione in cui erano già in atto processi di concentrazione nel settore privato ».

Così stando le cose, il primo passo in positivo punta — e non sarebbe possibile altrimenti — all'ingrata fatica dell'ovvio; difatti, la Corte postula l'imprescindibile esigenza di un intervento legislativo che, sulla base di una « verifica delle frequenze effettivamente destinabili alle trasmissioni radiotelevisive », sia idoneo a « realizzare un razionale ed ordinato governo dell'etere » garantendo una piena compatibilità vuoi con gli altri servizi, vuoi con gli impegni vincolanti sul piano internazionale. L'occasione torna anzi utile per ribadire che detti limiti di compatibilità all'attività di irradiazione sono pienamente leciti e che il suo esercizio va comunque subordinato ad apposita licenza, ai sensi del regolamento internazionale delle radio-comunicazioni: col che, tra l'altro, sembra profilarsi — ma v. già i « segnali » lanciati da Corte Cost. 237/84 e puntigliosamente raccolti da A. PACE, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1779 — un cospicuo ispessimento del requisito della previa autorizzazione di cui si contentava la sent. 202/76, alimentando l'idea che quello dei *broadcasters* in ambito locale fosse un diritto soggettivo perfetto, meglio ancora una libertà incondizionata (v. fra le tante, Pret. Lucca 4 gennaio 1986,

*Foro it.*, Rep. 1987, voce *Radiotelevisione*, n. 50, per esteso in *Giur. merito*, 1987, 478, con nota di R. CENICCOLA, e Pret. Bologna (ord.), 22 febbraio 1985, *Foro it.*, 1985, I, 1833).

Su questa direttiva di fondo viene poi innestata l'altra, e già preannunziata come irrinunziabile, esigenza di salvaguardare il pluralismo, appunto attraverso le garanzie apportate da un'adeguata disciplina *antitrust*.

5. Ritorniamo, così, a quanto c'è di *magic* in tal formula. È vero, ammette la Corte, che il decreto Berlusconi-*bis* ha cristallizzato una situazione in forte odore di compromissione oligopolistica; ma nella misura in cui esso preannuncia una regolamentazione in materia — e la promessa conserva un minimo di credibilità —, è come se le acque turbolente si placassero per incanto. Insomma, *antitrust* uguale panacea (ancorché soltanto a venire).

Sia conseguito aprire due incisi, che meriterebbero ben altro sviluppo. L'atteggiamento testè ricordato sembra fare il paio con quello emerso a livello di dibattito sull'opportunità d'introdurre, nel nostro sistema, una generale legislazione antimonopolistica. Se non unanimità, certamente si è registrata una larghissima convergenza sulla risposta positiva: tutto a gonfie vele (o quasi) fin tanto che l'assetto disciplinare in cui si sarebbe dovuto tradurre il generoso afflato dei mentori di questo « doveroso » allineamento alle esperienze più avanzate è rimasto sfocato e generico. Ma chiunque abbia una qualche dimestichezza con l'*antitrust* sa ch'esso ha molte anime (per un primo inventario, cfr. R. PARDOLESI, *I problemi giuridici di una politica della concorrenza*, in corso di pubblicazione su *Quadrimestre*, 1988); e non riesce certo sorprendente che, al primo impatto con la cruda lettera dei disegni di legge, la compattezza del fronte si sia sfaldata. La morale è quanto mai chiara: pronunziarsi per l'*antitrust* significa tanto poco quanto niente, posto che dietro questa formula si ritrovano impostazioni decisamente divaricate, che vanno dall'anelito di « deconcentration » d'impronta harvardiana all'approccio « minimalist » sponsorizzato con successo dalla scuola di Chicago. Il vero problema, dunque, sorge quando si esce dall'equivoco delle aspirazioni indeterminate e si passa ai « fatti ». Il senso ultimo di questo monito — e veniamo, così, al secondo inciso — vale anche per la nostra materia, a condizione, però, di tener presente che al riguardo, di *antitrust* si può parlare solo per metafora o, se si preferisce, per pallida assonanza (v. già R. PARDOLESI, *Oligopolio, radiodiffusione, pubblicità*, in *Dir. radiodiffusioni*, 1981, 251). Come ha puntualmente osservato A. GAMBARO, *La prima interpretazione giurisprudenziale della legge sulle concentrazioni editoriali*, nota a Trib. Milano 19 dicembre 1986 (*Foro it.*, 1987, I, 3162), in *Quadrimestre*, 1987, 520, 523 ss., con riguardo a quello che può considerarsi, in un certo senso, il prototipo nostrano d'intervento nel campo che ci occupa, cioè la legge 5 agosto 1981, n. 416, « ogni analogia tra le disposizioni anticoncentrazione [ivi contenute] e la disciplina *antitrust* sta-

tunitense od europea è largamente fuorviante ». Queste ultime mirano, infatti, a preservare la libera concorrenza di mercato « concepita come meccanismo ordinante e propulsivo dell'economia », e si valgono di una stretta, ineludibile interazione con l'analisi economica: principi e tecniche che non possono adattarsi alle disposizioni anticoncentrazione della legge sull'editoria (il cui « scopo proclamato non è affatto quello di preservare l'assetto di un mercato concorrenziale, ma il pluralismo delle fonti di informazione »), meno che mai alla futura legge-quadro sull'emittenza radiotelevisiva, dove l'unica cosa realmente scontata è che, se mai vi arriveremo, predominerà la preoccupazione della classe politica per « quel particolare effetto esterno che si chiama influenza sulla opinione pubblica e, per ciò che più conta, sugli elettori ». (Che in giuoco non sia un danno al *consumer welfare*, ma il potere di influenzare l'elettorato, può apparire in modo sin troppo diretto di impostare i termini del problema. Ma smussare l'asprezza delle parole non serve a mutare la sostanza. Lo attesta un significativo brano della statunitense FCC, che spiace dover qui riportare solo per sintetico estratto: « The distinction between our approach and the Justice Department's is best put this way. Justice and others applying traditional criteria are primarily interested in preserving competition in advertising. They place a greater emphasis on public policies underlying the need to preserve competition than on diversity aspects [dove *diversity* sta per « diversità nella titolarità come mezzo per accentuare la diversità in *programming service* reso al pubblico] and for their arguments they use analytic tools taken from economic studies of market share and the like. Conversely, the diversity approach would examine the number of voices available to the people of a given area. The premise is that a democratic society cannot function without the clash of divergent views ». 50 FCC 2d 1046, 1057 (1975)).

A conti fatti. Per dar corpo a questo particolare tipo di presidio al modo di organizzarsi dell'emittenza radiotelevisiva occorre, non meno di quanto avviene nell'*antitrust* ortodosso, estrema chiarezza sulle mete da perseguire. Gli *slogans* riempiono la bocca, o le pagine, ma lasciano il tempo che trovano.

I più replicheranno che questo rilievo non s'applica alla su riportata sentenza. A parte il questionabile vezzo di servirsi dell'impropria etichetta di *antitrust*, la Corte — come già si è ricordato — mette subito in chiaro, giusto all'inizio della parte motiva, che l'invocata disciplina deve mirare a far salvo il pluralismo dell'informazione. E neppure lascia dubbi su cosa si abbia ad intendere con tale concetto: non solo « possibilità d'ingresso... di quante più voci consentono i mezzi tecnici », ma garanzia che « i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa di processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia ». Una direttiva, questa, cui dovrebbe fare da *pendant* la « concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra

una molteplicità di fonti informative », atte ad esprimere « tendenze aventi caratteri eterogenei » (con tanto di *imprimatur* costituzionale alla controversia teorica del « diritto ad essere informati »: cfr. già N. LIPARI, *Libertà d'informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiffusioni*, 1978, 1, e, più diffusamente, V. CUFFARO, *Profilo civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986). Per sovra-mercato, l'intimazione viene ribadita ad ogni piè sospinto, ora con riguardo all'incidenza dell'allocatione delle risorse pubblicitarie, anche in vista del rischio d'inaridire i finanziamenti alla stampa (con ampia valorizzazione dei *dicta* di Corte Cost. 17 ottobre 1985, n. 231, *Foro it.*, 1985, I, 2829), ora distinguendo fra pluralismo interno al servizio pubblico e pluralismo esterno dell'emittenza privata, ed ancora ribadendo che l'assegnazione a venire delle frequenze — sin tanto che il satellite non interverrà a cambiare radicalmente il quadro di riferimento — dovrà comunque ispirarsi alla salvaguardia del principio del pluralismo.

Proprio qui, peraltro, si manifesta la forcilla interpretativa cui si cennava in esordio. L'impostazione della Corte è minata da un dogmatismo assolutistico, che la risospinge su posizioni veteroliberali (più che citazioni classiche, con in testa John Stuart Mill, vale forse la pena di rinviare alla critica, sospettata quanto si vuole ma non per questo meno intrigante, di R.A. PONSNER, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 *Suffolk U.L. Rev.* 1 (1986)). Non a caso, le sue parole riecheggiano letture estreme del First Amendment, a tenore delle quali « the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources is essential to the welfare of the public » (*Associated Press v. U.S.*, 326 U.S. 1, 20 (1945); e v. già il famoso dissenso di Justice Holmes in *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 630 (1919), a proposito del cui carattere, più epigrammatico che analitico, si è ragionevolmente dubitato che « gridare falsamente al fuoco in un teatro » sia manifestazione del pensiero intitolata a farsi strada nel *marketplace of ideas*; cfr. *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 52 (1919); o potrebbero essere attribuite alla particolare congiuntura che, poco meno di vent'anni addietro, suggerì alla FCC, nel segno della « sound public policy of placing into many, rather than a few hands, the control of this powerful medium of public communications », di aspirare alla massima diversificazione possibile, allo stato dell'arte, nella titolarità delle emittenti, e a dichiarare candidamente di preferire 60 differenti licenziatari a 50, e persino 51 a 50 (22 FCC 2d 306, 309 (1970)): al punto di spingere un commentatore equilibrato quale D.H. GINSBURG, *Regulation of Broadcasting*, St. Paul, Minn., 1979, 204, a chiedersi in quale prospettiva si sarebbe dovuto considerare ottimale un siffatto livello di diversificazione.

Non siamo, dunque, neppure al cospetto di un « libro dei sogni », quanto di un'astratta affermazione di principio, di quelle che si sogliono fare all'atto di gettare la spugna e abbandonare l'arena. Nella sua inattingibile assolutezza, il pronunziamento della Corte po-

trebbe valere come delega al legislatore perché prenda una qualche iniziativa che valga a coprire decorosamente la sua ritirata dalle utopie del passato.

Ma non è meno plausibile, e neppur necessariamente contraddittorio, che il profilo sin troppo alto delle enunciazioni della Corte abbia una valenza soltanto tattica: serva, cioè, a rendere meno ruvida la secca condanna della scelta che veniva maturando a livello governativo. In un sabba di declamazioni che non sarà comunque dato rispettare, si sortisce un solo risultato concreto (forse, l'unico davvero voluto): quello di seppellire la c.d. opzione-zero sotto una valanga di demonizzazioni per tutto quanto sa di posizione dominante o comunque preminente, e sotto l'ancora più scoperta intimazione che il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in nessun caso considerarsi realizzato dal « concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico ».

Una cosa è certa. Al legislatore, stretto fra la forza del fatto (sin qui determinativa dell'assetto giuridico, come a suo tempo auspicava F. DE LUCA, *Di nuovo alla Corte Costituzionale per la legittimità del monopolio televisivo pubblico*, in *Giur. it.*, 1981, IV, 85) e le ubbie di una Consulta alle prese con una sofferta manovra di *disentaglement* dal suo stesso passato, rimangono margini assai stretti. Il varo della tanto sospirata legge di riordino è probabile riesca tutt'altro che facile, sino a sfilacciare l'esile velo della provvisorietà. E allora...

Compostezza invita a non cedere alla tentazione di leggere nella sfera di cristallo. Ma i molti pronostici degli ultimi tempi — quasi tutti, con qualche *nuance*, inclini a divinare una dilagante egemonia delle forze di mercato — trovano indiretto avallo nel tonfo statunitense della *fairness*: lasciata cadere dalla FCC (con decisione 4 agosto 1987, presa sulla scorta di *Meredith Corp. v. FCC*, 809, F2d 863 (D.C. Circ., 1987), a conferma del pollice verso del maggio scorso) proprio in vista dell'impossibilità di derivare, dallo screditato argomento della *numerical scarcity*, la giustificazione per un trattamento diverso rispetto a quello della carta stampata (da notare, però, come la decisione, largamente presentita, avesse indotto il congresso a codificare la *doctrine*, con legge incappata nel veto reaganiano; e che in autunno essa sarà sommersa al vaglio della U.S. Court of Appels for the District of Columbia).